

# **Le prix dans le contrat : une remise en cause de la liberté contractuelle par le droit commun des contrats et le droit du marché ?**

**Jean-Louis Fourgoux**

**Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles réseau Gesica<sup>1</sup>**

« *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* » ainsi est consacré par l'article 1102 alinéa 2 du Code civil, issu de la réforme du droit des obligations, le principe de la liberté contractuelle.

Ce principe traduisait une inclinaison libérale du droit au début du XX<sup>ème</sup> siècle, le Code civil de 1804 privilégiant l'autonomie de la volonté et, par tant, la liberté contractuelle, car « *tout contrat libre est un contrat juste quel que soit le contenu* »<sup>2</sup>. Cette justice contractuelle idéalisée (mise à rude épreuve par le développement de la contractualisation de masse : contrats d'adhésion...) peut-elle néanmoins toujours recouvrir le prix ? Les évolutions et révolutions successives obscurcissent la réponse qui ouvre la porte du contrôle par le juge du prix contractuel.

Poursuivant un objectif de reconstruction de l'économie française, l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945, dans le cadre d'une économie dirigiste, offrit au ministre de l'économie le pouvoir de fixer les prix et les marges par voie d'arrêté et de sanctionner le prix illicite.

Le principe de libre fixation des prix fut par suite expressément proclamé par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>3</sup>, dont on a récemment fêté les trente ans<sup>4</sup>, principe qui figure aujourd'hui à l'article L. 410-2 du Code de commerce ainsi qu'à l'ancien article L. 113-1 du Code de la consommation : « *les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1987 de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

Si la liberté de fixation du prix dans une économie ordolibérale apparaît aujourd'hui comme un dogme en apparence inébranlable dans une économie de marché, des brèches ont toutefois été ouvertes de manière transversale par le droit commun (I) et le droit du marché (II), avec des intensités et objectifs différents, mais cumulatifs.

## **I. La remise en cause nuancée du caractère immuable du prix par le droit commun**

La réforme du droit des contrats, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016, a consacré plusieurs apports quant à la fixation du prix dans le contrat, apportant de la souplesse par l'adoption d'une approche plus pragmatique et économique. Si certaines dispositions permettent aux

---

<sup>1</sup> L'auteur remercie Céline Mouraud, étudiante en M2, pour son aide dans la préparation de cet article

<sup>2</sup> E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon 1912

<sup>3</sup> Cl. Lucas de Leyssac et Ch. Gavalda D.1986 chr. 187, *Le mort saisit le vif commentaire de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> Décembre 1986* J.M. Mousseron, V. Sélinsky, D. Ferrier *Semaine Jur. EA N1 1987*, 14840

<sup>4</sup> Colloque AFEC les 30 ans de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> Décembre 1986, *Lextenso actes et colloques à paraître*

parties de prendre en compte les circonstances et le contexte, et apportent ainsi des nuances au caractère immuable du prix, (A) la liberté relative des parties pour retenir un prix de référence n'a pas été totalement abrogée du droit commun des contrats (B).

### A. Les nuances apportées au caractère immuable du prix

La plus significative avancée du Code Civil dans la remise en cause de l'intangibilité du prix figure à l'article 1195 du Code civil qui offre désormais aux cocontractants la faculté d'une révision des conditions du contrat pour « *changement de circonstances imprévisibles* ». Le juge devient ici une troisième partie au contrat, et en adaptera les conditions.

Loin de favoriser la sécurité juridique entourant le contrat, la caractérisation de telles circonstances imprévisibles semble ouvrir les portes de débats animés entre les parties et le juge, invité à s'immiscer dans l'adaptation du prix. Ainsi que Françoise Auque a pu le souligner, « *l'imprévisibilité suppose, en quelque sorte, que le juge se glisse dans la peau des contractants pour vérifier ce qu'ils ont pu ou non prévoir* »<sup>5</sup>. Cette mesure est une de celles de la réforme qui interroge le plus la liberté contractuelle, bien qu'inspirée par l'équité et non sans rappeler la doctrine de la « *frustration* » à l'anglaise<sup>6</sup>. En l'absence de caractère d'ordre public de cette disposition, elle pourra néanmoins être écartée par les parties.

Une potentielle remise en cause est portée par la réforme du droit des obligations à la liberté contractuelle par l'introduction d'une disposition sanctionnant le déséquilibre significatif au sein du contrat à l'article 1171 du Code civil. Si à priori cette disposition ne devrait pas intéresser le prix en ce que son alinéa 2 dispose que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* », reste à voir l'interprétation que feront les juges de cette exclusion de principe. Iront-ils jusqu'à contourner l'exclusion comme l'a récemment fait la première chambre civile de la Cour de cassation en matière de droit de la consommation (cf. infra) ? L'avenir du déséquilibre significatif nous le dira.

Le caractère immuable du prix dans le contrat semble s'éroder un peu plus par le jeu des clauses d'indexation du prix, érosion entamée par la jurisprudence et confortée par la réforme du droit des obligations. Poursuivant initialement le principe traditionnel du caractère immuable du prix dans le contrat, les pouvoirs publics sont venus interdire ou réglementer les clauses d'indexation par deux ordonnances de 1958<sup>7</sup> et 1959<sup>8</sup>, aujourd'hui reprises aux articles L. 112-1 à L. 112-3 du Code monétaire et financier. Ces textes posent un principe d'interdiction des clauses d'indexation : « *l'indexation automatique des prix de biens ou de services est interdite* », ainsi que d'interdiction de l'indexation d'une clause sur un indice général, exception faite des obligations alimentaires. Pour toutes les autres obligations, les indexations sont limitées en ce que l'indice doit être en lien direct avec l'objet de la convention ou de l'activité des parties. La réglementation de l'indexation avait initialement été conçue comme une arme de défense de la monnaie nationale, à une époque où un fort risque d'inflation existait. Avec les années, cette interdiction a été interprétée avec plus de souplesse, la jurisprudence admettant notamment la licéité d'indices n'ayant qu'une relation

---

<sup>5</sup> Françoise Auque, *Retour du juge par la loi ? L'ordonnance réformant le droit des obligations : les nouveaux articles 1171 et 1195 du code civil*, AJDI 2016 p. 184

<sup>6</sup> *Taylor v Caldwell* (1863) 3 B & S 826

<sup>7</sup> Ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959

<sup>8</sup> Ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959 portant loi de finances rectificatives pour 1959

indirecte avec l'objet du contrat. Les juges ont également fait preuve de souplesse lorsque, par mégarde, les parties avaient indexé une obligation sur un indice illicite. En effet, la Cour de cassation a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'annuler la clause d'indexation, mais qu'il valait mieux procéder à une substitution d'indices<sup>9</sup>.

Cette solution audacieuse au regard des principes traditionnels du droit français qui s'opposent à l'immixtion du juge dans le contrat est confortée par la réforme des obligations, et le nouvel article 1167 du Code civil qui prévoit expressément que « *lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus* ». Changeons l'indice plutôt que de renoncer au contrat, solution pragmatique mais intrusive !

Enfin, les articles 1164 et 1165 du Code civil consacrant pour partie la jurisprudence de la cour de cassation officialisent la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres<sup>10</sup>. Certes cette possibilité semble à première vue limitée et encadrée dès lors qu'en cas de contestation, pèse désormais sur le créancier une obligation de motivation de la fixation du prix. La solution jurisprudentielle antérieure a conduit les auteurs les plus visionnaires à parier que faire peser la charge de la preuve de l'abus sur le débiteur vouait à l'échec la contestation possible et à la stabilité du contrat<sup>11</sup>. Le Rapport au Président de la République a explicité le renversement de la charge de la preuve qui implique d' « *exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties* ». Or les hypothèses dans lesquelles un rapport mathématique existe entre le prix fixé et le produit ou le service objet du contrat sont rarissimes, ouvrant les vannes de nombreuses contestations. Par ailleurs, si la résiliation judiciaire est prévue en cas de contestation pour le contrat cadre, elle ne l'est point pour le contrat de prestation de service, renforçant l'insécurité des cocontractants.

Toujours dans ce cadre, l'absence de prise en compte par la réforme de l'éventualité de voir le prix fixé par le juge en l'absence d'accord entre les parties, admise en jurisprudence pour certains contrats de prestation de services comme le contrat d'entreprise, limite *a priori* le contrôle judiciaire du prix<sup>12</sup> et souligne la relative liberté des parties.

## **B. La liberté relative des parties à fixer le prix dans le contrat**

Certaines dispositions du droit civil semblent consacrer un retour à la prédominance du prix retenu par les parties dans le contrat.

A ce titre, le nouvel article 1223 du Code civil, qui reprend le mécanisme de réfaction des prix jusqu'ici admis dans les ventes commerciales et dans certaines hypothèses limitées comme l'action estimatoire en matière de garantie des vices cachés, l'étend à tout contrat en permettant que le créancier puisse « *accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix* ».

Si la mise en œuvre de cet article est subordonnée à un rapport de proportionnalité entre l'inexécution partielle et la réduction, il revient cependant au créancier de décider de

---

<sup>9</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 22 juillet 1987 n° 84-10548

<sup>10</sup> Cass ; ass. Plén. 1<sup>er</sup> Déc 1995 Bull. n° 7 D 1996 13 L. Aynes

<sup>11</sup> Ch. Jamin La détermination du prix : les apports au droit du contrat-cadre RTD Com. 1997 p.19

<sup>12</sup> Voir, notamment Cass 1<sup>ère</sup> civ. 24 novembre 1993 n°91-18.650

ladite proportionnalité. D'une certaine façon la proportionnalité prise comme critère d'adaptation du prix de référence obligera à un calcul qui sera plus simple pour les biens fongibles (règle de trois ?), mais plus subjectif pour les autres produits ou services. Le juge sera saisi en cas de contestation et pourra *in fine* statuer sur la proportionnalité. Ce nouveau mécanisme pourrait susciter un contentieux initié par des cocontractants procéduriers estimant qu'ils sont en droit d'obtenir une réduction du prix pour une exécution imparfaite, subjectivement appréciée au sein des contrats dans lesquels l'objet n'est pas défini précisément.

De la même façon, la proportionnalité en partant d'un paramètre financier initial accepté par les parties permettra au juge de moduler les clauses pénales mais en proportion puisque le nouvel article 1231-5 du Code civil dispose notamment : « *Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.* »

Si la liberté contractuelle semble à première vue atteinte par la réforme du droit des obligations, il faut surtout y voir un accroissement de la flexibilité, et de l'adaptation par les parties elles mêmes

Suivant d'autres objectifs, une remise en cause d'une plus forte intensité de la liberté contractuelle a également eu lieu, d'abord par le droit de la concurrence, puis par les droits de la consommation, et enfin plus récemment, de la distribution ce que Claude Lucas de Leyssac englobait dans le droit du marché.

## **II. Une remise en cause sensible de la liberté contractuelle amorcée par le droit du marché**

La vérification du prix par les juridictions ressort d'un mouvement prétorien récent de rééquilibrage du contrat en protégeant la partie faible au contrat de consommation (A), et de distribution, bien qu'acquise de longue date du fait de l'objectif de protection du système de concurrence effective dans le droit de la concurrence (B).

### **A. La protection du consommateur « à tout prix » par un rééquilibrage du contrat**

Le droit de la consommation n'est pas épargné par ce vaste mouvement de remise en cause de la liberté contractuelle dans le contrat initié ici par le législateur puis la jurisprudence interne et européenne. C'est sûrement dans cette matière que la vérification du prix introduite par le juge est la plus visible.

Ce mouvement a été relancé par le législateur d'abord qui, en réformant le Code de la consommation par ordonnance du 14 mars 2016 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016, n'a pas jugé bon de réaffirmer le sacrosaint principe de la libre fixation des prix, anciennement énoncé à l'article L. 113-1 du Code de la consommation. Simple oubli ou lapsus législatif révélateur ?

Mais ce recul de la liberté contractuelle est également perceptible s'agissant des clauses abusives.

L'article L. 212-1 du Code de la consommation, inspirateur symétrique de l'article 1171 du Code civil nouveau, proscribit les clauses abusives. Il y est précisé que « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ». Il paraît important à ce stade de noter que la rédaction de cet article, découlant directement de l'article 4§2 de la Directive 93/13/CE ne facilite pas l'essor de la liberté contractuelle. En effet, le fait de mêler le caractère abusif (le fond), à la clarté et la compréhensibilité des clauses (la forme), permet d'attirer le juge vers un contrôle du contenu contractuel en invoquant un défaut de forme. La tentation est grande pour les juges de contrôler le prix dès lors que le demandeur plaide l'ambiguïté ou le manque de clarté d'une clause.

L'article R. 212-2 du Code de la consommation répond à son équivalent législatif en fixant une liste de clauses dites « noires », soit présumées irréfragablement abusives. Classiquement, le fait pour le professionnel de se réserver le droit de modifier unilatéralement le prix du contrat constitue l'une d'entre elles. Il paraît important de souligner une étape franchie par l'arrêt du 12 octobre 2016<sup>13</sup> qui contourne ainsi l'interdiction de principe d'apprécier le caractère abusif d'une clause quant à l'adéquation du prix au service offert.

Dans les faits de l'espèce, il était reproché à deux sociétés offrant des prestations sociales d'inclure dans leurs contrats-types des clauses aux termes desquelles « *le temps de trajet des intervenantes est inclus dans le temps de prestation* ». Un arrêt de la Cour d'appel de Riom en date du 1<sup>er</sup> avril 2015 avait déjà accueilli la demande du consommateur contestant cette disposition contractuelle. La Cour de cassation rejette le pourvoi, estimant que « *le mode de calcul du prix de la prestation ainsi stipulé créait une réelle incertitude quant à la durée effective de celle-ci, le prix de la prestation fournie étant modifié en fonction du temps de trajet, la cour d'appel a pu en déduire que cette clause plaçait le consommateur dans l'impossibilité de connaître et maîtriser son coût, de sorte que, ne bénéficiant qu'au prestataire, elle entraînait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment du consommateur et qu'elle était abusive* ».

Cet attendu de principe marque une évolution nette vers le contrôle des prix abusifs. Sans même stigmatiser le caractère obscur ou ambigu de la clause comme elle le fait habituellement pour contrôler le prix dans les contrats de consommation, la première chambre civile conclut au caractère abusif de la clause.

Elle commence par affirmer que ce mode de calcul du prix n'aurait pas permis au consommateur de connaître le coût et que, dès lors, son consentement n'aurait pas été éclairé. Suite à l'établissement du consentement non éclairé, la Cour de cassation en déduit que, la clause ne bénéficiant qu'au prestataire, elle entraînait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de sorte qu'elle était abusive. L'esprit même de la théorie des clauses abusives semble cependant dépassé, dès lors que l'objectif premier du contrôle des clauses abusives était de lutter « *contre les déséquilibres inhérents aux clauses du contrat et non pour assurer l'équivalence globale entre la prestation fournie et le prix demandé* »<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 12 octobre 2016, n°15-20.060

<sup>14</sup> J. Calais-Aloy, H. Temple, *Droit de la consommation, Précis Dalloz*, 2015

Cette solution n'en est pas moins conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne<sup>15</sup>, qui juge que la directive ne s'oppose pas à la réglementation espagnole qui autorise un contrôle juridictionnel du caractère abusif des clauses portant sur la définition de l'objet du contrat ou sur le prix, même si elles sont claires et compréhensibles, dès lors que la directive 93/13/CE sur les droits des consommateurs est une directive d'harmonisation minimale, laissant la possibilité aux Etats membres d'adopter des dispositions plus strictes.

L'Avocat Général Wahl<sup>16</sup> entendait limiter à des cas exceptionnels le contrôle du prix fixé dans un contrat de consommation pour viser « *les cas, concrètement rarissimes, eu égard à l'absence de barème, où un rapport quasi mathématique peut être établi entre la qualité de la prestation fournie et la rémunération de celle-ci* ».

Les difficultés à attendre d'un tel contrôle sont fréquemment rappelées. Le juge peut-il devenir un économiste à la place des parties? Les risques d'appréciation subjective du prix sont grands, *a fortiori* dans le domaine du droit de la consommation où le juge pourrait vouloir (sur)protéger le consommateur aux dépens des professionnels.

Il est intéressant d'observer l'approche légitimiste adoptée par la Cour de cassation, sous la même composition dans une affaire similaire tendant également vers un contrôle des dispositions financières. Dans l'arrêt du 26 avril 2017<sup>17</sup>, les conditions générales de vente d'Air France, notamment la clause faisant référence à la facturation de « frais de services » pour, entre autres, l'émission d'un nouveau billet, sans nulle autre précision quant à la nature ou au montant de ces frais ont été passées au crible du déséquilibre significatif.

Le cœur du problème se trouvait, là encore, dans l'ignorance par le consommateur du coût final, créant à son désavantage une « *impossibilité de connaître et maîtriser son coût* ».

La Cour de cassation se place sur le fondement de l'ancien article R. 132-1 4° du Code de la consommation qui présume une clause abusive de manière irréfragable dès lors qu'elle « *confère le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat* » au professionnel. En effet, pour la Cour de cassation, « *une telle référence, opérée sans autre précision, laisse au professionnel le pouvoir de déterminer librement les frais en cause, sans que le consommateur ait eu connaissance de règles de principe préalablement fixées et permettant leur fixation* ».

Ainsi, l'arrêt du 26 avril consacre un contrôle indirect des frais imposés par le contrat rédigé par le professionnel.

Cette extension de l'immixtion du juge dans le contrôle du prix appliqué au consommateur alors que celui-ci a le choix de contracter ou de ne pas contracter, est évidemment encouragée entre professionnels si la concurrence sur le marché peut être affectée ou pour encadrer les relations de distribution.

## **B. Une remise en cause de la liberté contractuelle par le droit de la concurrence et de la distribution**

---

<sup>15</sup> Cour de justice de l'Union Européenne, 3 juin 2010, *Caja de Alhorros y Monte de Piedad de Madrid*, aff. C-484/08

<sup>16</sup> Conclusions de l'AG Wahl sous l'arrêt *Arpad Kasler*, C-26/13, point 69

<sup>17</sup> Cass. Com. 26 avril 2017 n° 15-18.970

Le droit de la concurrence contribue également à la remise en cause de la liberté contractuelle de fixation du prix, d'un côté par le « grand » droit de la concurrence et l'objectif de protection d'un système de concurrence effective (1), et d'autre côté par le « petit » droit de la concurrence et le rééquilibrage du contrat par la nouvelle interprétation de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (2).

### ***1. Le droit des pratiques anticoncurrentielles***

Au motif de la sauvegarde d'une concurrence effective, un contrôle étatique est porté sur la fixation du prix. Le droit de la concurrence, qui s'est développé en Europe parallèlement à l'Union Européenne, vise à établir des conditions de concurrence libre et non faussée pour les opérateurs économiques.

D'abord, rémanence quasi-anecdotique de l'ordonnance du 30 juin 1945, les articles L. 410-2 du Code de commerce et L. 113-1 (ancien, non repris) du Code de la consommation, permettent à l'Etat de fixer les prix par voie d'arrêté, et ce dans deux cas limités :

- En cas d'insuffisance de la concurrence : l'Etat a pu se saisir de ce fondement pour intervenir en Outre Mer en cas de difficultés durables d'approvisionnement, ou encore pour réglementer les tarifs des taxis<sup>18</sup>.
- En cas de hausse ou de baisse excessive des prix : à ce titre, une crise d'envergure nationale pourrait conduire l'Etat à agir sur ce fondement.

Ensuite, et de manière plus actuelle, le droit des pratiques anticoncurrentielles permet un contrôle des coûts qui, là encore, remet en cause la liberté contractuelle.

En effet, pour les entreprises en position dominante, sur lesquelles pèse une responsabilité particulière de non atteinte à la concurrence, sont prohibées les pratiques abusives par l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), repris à l'article L. 420-2 du Code de commerce. Au titre des pratiques abusives, plusieurs pratiques tarifaires sont dénoncées, permettant ainsi au juge ou à l'Autorité de la concurrence de contrôler les prix. Si ce contrôle semble unanimement admis aujourd'hui, le rôle didactique de la Cour de justice et de la Commission, en tant que guide du juge national, a permis cette acceptation.

A ce titre, sont prohibés les prix prédateurs, même si ce fondement ne donne pas lieu aujourd'hui à de nombreuses décisions. Dans ce cas, des instructions ont été données au juge lui permettant d'évaluer le coût par un test de coût établi par la Cour de justice<sup>19</sup>, sous le nom de « Test Areeda-Turner ». Aux termes de ce test, si les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sont inférieurs à la moyenne des coûts variables de production, les pratiques en cause sont alors irréfragablement présumées abusives. En revanche, si les prix pratiqués sont inférieurs aux coûts totaux de production, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, les pratiques sont abusives à condition que l'intention prédatrice soit prouvée.

Sont également interdites les pratiques dites de « ciseau tarifaire », à savoir lorsqu'un opérateur dominant, qui dispose de l'infrastructure essentielle à la mise à disposition du bien ou du service dérivé (tel un pont, ou un réseau téléphonique), lors de l'ouverture à la concurrence se voit dans l'obligation d'offrir l'accès à cette infrastructure à ses concurrents, et pratique de tels prix d'accès sur le marché amont, que les nouveaux entrants devront pratiquer

---

<sup>18</sup> Arrêté du 2 novembre 2015 relatif aux tarifs des courses de taxi

<sup>19</sup> CJUE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie aff. C-62/86

sur le marché dérivé des prix négatifs pour rester compétitifs. Dernièrement les pratiques de TDF sur le marché de la diffusion hertzienne depuis le site de la tour Eiffel ont été considérées, faute d'espace économique suffisant pour son concurrent TowerCast, anticoncurrentielles car l'empêchant de proposer des offres alternatives à celles de TDF<sup>20</sup>.

Enfin, les interdictions ayant fait couler le plus d'encre ces dernières années sont les interdictions des pratiques de différenciation tarifaire et des remises tarifaires. La question des remises tarifaires a, et continue, de susciter une vague de modernisation dans l'appréciation des abus de position dominante. L'appréciation des abus de position dominante, initialement appréciée de manière très formelle en utilisant des catégories prédéfinies par la Commission et la Cour de justice se voit remise en cause par le travail des économistes, et l'introduction d'une approche plus économique du droit de la concurrence. L'arrêt *Intel*, dont le pourvoi est en cours d'examen devant la Cour de justice, illustre la cristallisation de cette tension entre approche formelle et approche économique.

Dans cette décision, le constructeur de micro-processeurs avait procédé à des remises tarifaires auprès de certains distributeurs. Le Tribunal de l'Union<sup>21</sup>, encore figé dans une approche formelle, a défini trois catégories dans lesquelles il range les différents types de remises :

- Les rabais purement quantitatifs, qui sont justifiés par des économies d'échelle sont licites ;
- Les rabais de fidélité, dont l'octroi est lié à une obligation d'approvisionnement qui pèse sur le client et peut aller jusqu'à l'exclusivité sont présumés restrictifs de concurrence par objet (à savoir qu'ils peuvent jouir d'une dérogation, mais dont la charge de la preuve sera très difficile voire quasi-impossible à rapporter).
- Les rabais « fidélisants » sont toute une gamme de rabais, à mi chemin entre les deux précédentes catégories, pour lesquels il faut prouver un effet d'éviction d'un concurrent sur le marché pour caractériser leur illicéité.

Suite au pourvoi formé par Intel, l'Avocat Général Wahl, dans ses conclusions du 20 octobre 2016<sup>22</sup> propose, suivant une approche plus économique et moins formaliste, d'accueillir le pourvoi et de rejeter la catégorisation formelle du Tribunal de l'Union. Reste à voir ce qu'en dira la Cour de Justice... Plus de liberté de concurrence ou plus de liberté dans la fixation du prix ?

Quoiqu'il en soit, ce recours à une approche davantage économique semble réconcilier la liberté contractuelle de la fixation du prix mise à mal par les dossiers de la Commission et que le droit de la distribution élargit en France.

## ***2. Le droit des pratiques restrictives de concurrence et de la distribution***

Pour rappel, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce sanctionne, dans les relations commerciales entre deux professionnels, le fait « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Cette rédaction est une copie presque conforme de l'article 1171 du

---

<sup>20</sup> <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=15-D-10>

<sup>21</sup> Tribunal de l'Union Européenne, 12 juin 2014 *Intel Corp. c. Commission*, aff. T-286/09

<sup>22</sup> Conclusions AG Wahl, aff. C-413/14 P, 20 octobre 2016



Code civil et de l'article L 212.1 du Code de la Consommation, mais dispose d'un champ d'application plus large.

Par un arrêt très remarqué du 25 janvier dernier<sup>23</sup>, la Chambre commerciale de la Cour de cassation nous délivre une interprétation du déséquilibre significatif atteignant la liberté contractuelle de fixation du prix en confortant la Cour d'appel de Paris dans son approche élargie du champs d'application<sup>24</sup>.

Dans le contexte de la grande distribution, le Ministre de l'Economie reprochait à la centrale d'achat du groupe Leclerc (Galec) d'avoir soumis les distributeurs à des contrats instaurant un déséquilibre significatif à raison de clauses prévoyant des ristournes de fin d'année (RFA) au bénéfice du distributeur.

De manière didactique, la Cour de cassation écarte l'interprétation de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce de celle des dispositions relatives au déséquilibre significatif en Droit de la consommation (article L. 212-1 du Code de la consommation). Nul ne saurait nier l'existence de « *différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie de personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés* ». Dans sa décision 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a jugé qu'eu égard à la notion de déséquilibre significatif en droit de la consommation « *dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence* », l'infraction à l'article L. 442-6, I, 2° « *est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* »<sup>25</sup>. En se départissant de la notion consumériste, la Chambre commerciale semble vouloir faire de l'infraction de l'article L. 442-6, I, 2°, dans un souci d'efficacité, une notion autonome.

Au-delà de cette liberté vis-à-vis de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation n'entend pas non plus l'appel du législateur dans son ordonnance de réforme du droit des obligations. Ainsi, la limite expressément posée à l'application du déséquilibre significatif de l'article 1171 du Code civil, qui ne peut porter sur l'adéquation du prix à la prestation, aurait pu, eu égard au caractère général des dispositions civilistes, s'entendre en une limite adressée communément aux dispositions sanctionnant un déséquilibre significatif. Peut-être doit on y voir un interventionnisme de la part de la Cour de cassation, qui utilise ce moment opportun pour démarquer sa jurisprudence en matière de distribution de la jurisprudence de droit commun. Il faut en effet rappeler que les deux corps de règles ne suivent pas le même objectif, et peuvent ainsi diverger quant aux solutions suivies. Par ailleurs, le contrôle des négociations tarifaires par le recours au déséquilibre significatif a bien été présenté comme un garde-fou à l'abrogation de l'interdiction de discrimination par la loi LME du 4 août 2008.

Maints outils sont à la disposition du juge lui permettant de contrôler le prix en droit de la distribution : outre les articles L. 442-6, I 1° et 4° sanctionnant respectivement la disproportion du prix des services, et la menace de rupture des relations commerciales, le déséquilibre significatif permet désormais également de le contrôler.

---

<sup>23</sup> Cass. Com. 25 janvier 2017 n° 15-23.547 *L'étoffe du droit des pratiques restrictives de concurrence ou le triomphe de la lésion, S. Le Gac-Pec Sem Jur. EA 2017, 1135, M. Behar Touchais la prise de pouvoir du juge sur les négociations commerciales à propos de l'arrêt Galec Sem Jur. 2017, Doct 255 ; F. Buy D 2017 p.481*

<sup>24</sup> CA Paris, 23 mai 2013 n°12/01166 *Ikéa* ; CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2015 n°13/19251 *Le Galec*

<sup>25</sup> Conseil Constitutionnel, 13 janvier 2011 n°2010-85 *QPC*

De ce nouveau mode de contrôle, les juges devront se justifier et défendre leur vision du prix. Au-delà des critiques récurrentes mais de moins en moins fondées de l'absence de formation économique du juge, et de la difficulté à évaluer la proportion d'un déséquilibre, le contentieux risque également d'être fourni et parfois complexe.

Si la liberté de fixation du prix peut sembler mise à mal par cette nouvelle jurisprudence, il est cependant légitime de se demander si l'on peut toujours parler de « liberté contractuelle » eu égard aux modes contractuels utilisés aujourd'hui, par lesquels en règle générale le fournisseur se trouve en situation d'infériorité face à la grande distribution, qui a pré rédigé tous les termes du contrat. Le fournisseur ne se trouve donc pas en situation de « *déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* », comme la liberté contractuelle le dicterait.

Face à cette situation dans laquelle la partie faible n'a souvent pas d'autre choix pour sa survie économique que d'accepter le contrat proposé, un tel contrôle du prix apparaît salvateur pour la protection de la partie « faible », et, finalement, le regain d'une certaine forme de liberté contractuelle à son profit dès lors que la menace du contrôle judiciaire pèse sur la partie en position de force...

\*  
\* \*

En conclusion, les diverses entorses à la liberté contractuelle des parties dans la détermination du prix sont le signe d'une évolution législative qui touche tant le droit commun que le droit du marché. Un proverbe persan recommande de ne pas ouvrir la porte que vous seriez incapable de refermer. Pour les défenseurs de la liberté d'imposer contractuellement le prix à leur cocontractant et au juge, n'est- il pas trop tard en empêchant un retour en arrière dans le contrôle de l'équilibre contractuel ?